

**Titel:**

**Kein Schadensersatz wegen angeblicher Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung**

**Normenkette:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

**Leitsätze:**

1. Bei einer Abschalteinrichtung, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)
2. Allein aus der objektiven Unzulässigkeit einer Abschalteinrichtung folgt kein Vorsatz der auf Seiten des Herstellers verantwortlich Handelnden hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. (Rn. 44) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Abschalteinrichtung, Vermögensschaden, Sittenwidrigkeit, Motorsteuerungssoftware, Thermofenster

**Vorinstanz:**

LG Schweinfurt, Endurteil vom 29.09.2022 – 12 O 351/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2023, 5899

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Schweinfurt vom 29.09.2022, Az. 12 O 351/22, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und den Streitwert für die Berufung auf 18.874,58 € festzusetzen.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 06.04.2023.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Klagepartei begeht Schadensersatz und die Freistellung von der Verpflichtung zur Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten wegen behaupteter unzulässiger Abschalteinrichtungen im Motor des streitgegenständlichen Pkw.

2

Die Klagepartei erwarb am 14.10.2015 das streitgegenständliche Fahrzeug, Seat Alhambra, Fahrgestellnummer ... bei ... in ... zu einem Kaufpreis vom 25.990,00 €. In dem Fahrzeug ist ein Motor der Beklagten vom Typ EA 288, Euro 6, verbaut, in welchem eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung (Thermofenster) zum Einsatz kommt. Ein amtlicher Rückrufbescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) für das betroffene Fahrzeug existiert nicht. Mit der Klage begeht die Klagepartei Schadensersatz wegen behaupteter unzulässiger Abschalteinrichtungen.

3

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags wird auf die dort gewechselten Schriftsätze und den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils ergänzend Bezug genommen.

4

Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 29.09.2022 abgewiesen, weil vertragliche Ansprüche bereits mangels vertraglicher Beziehungen zwischen den Prozessparteien ausscheiden würden und die Klagepartei die Voraussetzungen eines deliktischen Schadensersatzanspruchs gemäß § 826 BGB nicht hinreichend substantiiert vorgetragen hätte. Eine sittenwidrige Schädigung sei nicht gegeben. Die Installation eines Thermofensters sei hierfür nicht ausreichend. Die Klagepartei habe für die Behauptung hinsichtlich des Vorhandenseins verschiedener Abschalteinrichtungen kleine greifbaren Anhaltspunkte vorgetragen, während die Beklagte den Ausführungen entgegengetreten sei und die technischen Hintergründe nachvollziehbar erläutert habe. Eine Beweisaufnahme sei daher nicht geboten. Auch die Voraussetzungen weiterer in Betracht kommender deliktischer Anspruchsgrundlagen lägen nicht vor.

## 5

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

## 6

Hiergegen wendet sich die Berufung der Klagepartei. Das Landgericht überspanne die Substantierungsanforderungen. Hauptansatzpunkt des Verfahrens sei nicht das Thermofenster, sondern die Zykluserkennung. Auf eine Grenzwertkausalität käme es dabei nicht an. Das Fahrzeug erkenne auf Grund einer Weg-Zeit-Sensierung, ob es sich auf dem Prüfstand oder im realen Straßenverkehr befindet und davon abhängig würde das Emissionskontrollsystem arbeiten mit der Folge, dass die gesetzlichen Vorgaben lediglich auf dem Prüfstand erreicht bzw. die Emissionswerte geschönt würden. Tatsächlich erfolge eine Absenkung der Abgasrückführungsrate nur im Realbetrieb und nicht unter Prüfbedingungen, weshalb es zu höheren Emissionen komme. Hiervon habe das KBA jedoch bis heute keine Kenntnis. Das KBA sei durch die Beklagte einmal durch Verschweigen der Umschaltfunktion im Typengenehmigungsverfahren und nochmals auf explizite Nachfrage getäuscht worden. Die Fahrkurve sei nur ein kleiner Baustein der gesamten Zykluserkennung. Die Umschaltung könne auch ohne diese anhand „physikalischer Größen (Randbedingungen)“ u. a. durch den Pedalwertgeber oder die Drehzahl erfolgen. Diese Randbedingungen seien so einmalig, dass nahezu ausgeschlossen werden könne, dass dies im Realbetrieb auftritt. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte sei davon auszugehen, dass der Vorstand bzw. Repräsentanten der Beklagten zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des klägerischen Fahrzeugs vorsätzlich handelten. Die Beklagte trafe eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast. Aus dem Umstand, dass das KBA (bis auf den VW T6 EA 288) bislang keinen weiteren verbindlichen Rückruf für die EA 288-Motoren angeordnet habe, könne die Beklagte nichts für sich herleiten. Das KBA habe bereits in der Vergangenheit im Nachgang eigene Feststellungen revidieren und offizielle Rückrufe aussprechen müssen. Die Klagepartei beantragt weiter die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-100/21 bzw. des Bundesgerichtshofs im Verfahren Vla ZR 335/21.

## 7

Die Klagepartei beantragt im Berufungsverfahren unter Abänderung des Urteils des Landgerichts zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerschaft 18.874,58 € (Kaufpreis abzüglich der Nutzungsentschädigung mit Kilometerstand zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz) abzüglich einer weiter zu berechnenden vom Gericht auf Basis einer Gesamtaufleistung von zumindest 300.000 km zu schätzenden Nutzungsentschädigung für die Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs unter Zugrundelegung des Kilometerstandes zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz zzgl. Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Seat Alhambra mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer ...
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Entgegennahme des im Klageantrag zu 1. genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerschaft von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.295,43 € freizustellen.

## 8

Im Übrigen wird der Rechtsstreit unter Verwahrung gegen die Kostenlast für erledigt erklärt.

## 9

Die Beklagtenpartei beantragt,

Die Berufung der Klagepartei wird zurückgewiesen.

**10**

Sie verteidigt das Ersturteil, vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und wendet sich gegen die beantragte Aussetzung des Verfahrens.

**11**

Ergänzend wird auf die Berufungsschrift vom 28.10.2022, die Berufungsbegründungsschrift vom 28.11.2022 sowie die Berufungserwiderung vom 07.12.2022 verwiesen.

II.

**12**

Der Senat beabsichtigt, die Berufung einstimmig durch Beschluss zurückzuweisen, weil sie nach derzeitigem Sach- und Streitstand aussichtslos und offensichtlich unbegründet ist, § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. Auch liegen die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO vor.

**13**

Der Senat nimmt daher zunächst auf die zutreffenden Feststellungen im Ersturteil Bezug, die durch das Berufungsvorbringen auch nicht entkräftet werden.

**14**

Ausgehend von den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen ist das angegriffene Urteil in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Zu Recht wurde ein Schadensersatzanspruch abgelehnt.

**15**

1.) Ansprüche gemäß §§ 826, 31 BGB sowie gemäß §§ 826, 831 BGB scheiden aus. Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine objektiv sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB hat die Klagepartei nicht hinreichend vorgetragen. Überdies fehlt es am Schädigungsvorsatz der Beklagten.

**16**

a) Das Verhalten der Beklagten ist bereits nicht objektiv sittenwidrig.

**17**

aa) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (vgl. BGH, ZR 5/20, Urteil vom 30.07.2020, Rn. 29 – juris).

**18**

Die Grundsätze für das Vorliegen einer objektiven Sittenwidrigkeit bei Manipulationen der Abgasbehandlung von Fahrzeugen hat der Bundesgerichtshof in der Grundsatzentscheidung vom 25.05.2020 dargelegt. Danach setzt eine objektive Sittenwidrigkeit das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung, eine besondere Verwerflichkeit des Handelnden und die Gefahr der Betriebsbeschränkung oder -untersagung voraus (vgl. BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 17 ff. – juris).

**19**

Die besondere Verwerflichkeit besteht, wenn dem Kraftfahrtbundesamt vorgespiegelt wird, das Fahrzeug werde auf dem Prüfstand unter den Motorbedingungen betrieben, die auch im normalen Fahrbetrieb zum Einsatz kommen (vgl. BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 18 – juris) oder wenn im Typengenehmigungsverfahren unzutreffende Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems gemacht werden (vgl. BGH, ZR 433/19, Beschluss vom 19.01.2021, Rn. 22 – juris) oder wenn bei einem implantierten Thermofenster weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (vgl. BGH, ZR 889/20, Beschluss vom 09.03.2021, Rn. 28, – juris).

**20**

Darüber hinaus setzt die objektive Sittenwidrigkeit voraus, dass die Verantwortlichen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (vgl. BGH, ZR 889/20, Beschluss vom 09.03.2021, Rn. 28 – juris). Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen die Klagepartei als Anspruchstellerin (vgl. BGH, ZR 433/19, Beschluss vom 19.01.2021, Rn. 19 – juris).

**21**

Bei einer Abschalteinrichtung, die – wie hier – im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (vgl. BGH, ZR 101/21, Beschluss vom 15.09.2021, Rn. 23 m. w. N. – juris).

**22**

Die Sittenwidrigkeit kann sich aus einer Gesamtschau des festgestellten Verhaltens der Beklagten unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels, der eingesetzten Mittel, der zutage getretenen Gesinnung und der eingetretenen Folgen ergeben (vgl. BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 16 – juris). Die Darlegungs- und Beweislast für die die Haupttatsache stützenden Indiztatsachen trägt dabei die Partei, die auch die Haupttatsache zu beweisen hat (vgl. BGH, KZR 35/19, Urteil vom 23.09.2020, Rn. 58 – juris).

**23**

bb) Es fehlt vorliegend schon an der Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung wegen einer in der Motorsteuerungssoftware implementierten unzulässigen Abschalteinrichtung.

**24**

Die Dieselthematik ist seit längerem in der Diskussion und Gegenstand der Prüfung durch das KBA. Nachdem im vorliegenden Fall durch das KBA kein verpflichtender Rückruf angeordnet wurde, ist davon auszugehen, dass die Motorsteuerungssoftware im gegenständlichen Motortyp keinen Anlass für Beanstandungen gibt. Damit ist für den Senat nicht erkennbar, weshalb von einer Gefahr der Betriebsbeschränkung oder -untersagung auszugehen sein soll. Konkrete Anhaltspunkte dafür hat die Berufung nicht dargetan.

**25**

Hierfür reicht es auch nicht aus, dass auf verpflichtende Rückrufe für andere Fahrzeugtypen verwiesen wird. Ein Vortrag, dass hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeuges ein verpflichtender Rückruf vorliegt, findet sich nicht.

**26**

cc) Unter Zugrundelegung des klägerischen Vortrags ist nach Auffassung des Senats nicht auf eine besondere Verwerflichkeit im Handeln der Beklagten zu schließen.

**27**

Auch wenn das Thermofenster nach den Ausführungen der Klagepartei nicht den „Hauptansatzpunkt des Verfahrens“ darstellt, wird dessen Beurteilung gleichwohl im Zusammenhang mit der beantragten Aussetzung des Verfahrens auch von Klägerseite problematisiert, weshalb sich der Senat zu den nachfolgenden Ausführungen veranlasst sieht.

**28**

Der Einsatz eines sogenannten Thermofensters ist nicht mit der Fallkonstellation zu vergleichen, die dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. Mai 2020 zum Motortyp EA 189 zugrunde liegt (VI ZR 252/19). Bei dem Einsatz eines Thermofensters wie im vorliegenden Fall fehlt es dagegen an einem derartigen arglistigen Vorgehen des beklagten Automobilherstellers, das die Qualifikation seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde (vgl. BGH, ZR 433/19, Beschluss vom 19.01.2021, Rn. 17 f. – juris).

**29**

Nach der von Beklagtenseite beschriebenen und von Klägerseite nicht in Frage gestellten Funktionsweise des Thermofensters unterscheidet die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem

Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Sie weist keine Funktion auf, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Dies reicht für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben.

### **30**

Dabei kann unterstellt werden, dass ein Thermofenster als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist. Der darin liegende – unterstellte – Gesetzesverstoß reicht aber nicht aus, um das Gesamtverhalten der Beklagten als sittenwidrig zu qualifizieren. Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände im Zusammenhang mit der Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates, an denen es im Streitfall fehlt (vgl. BGH, ZR 889/20, Beschluss vom 09.03.2021, Rn. 25 f. – juris).

### **31**

Hinsichtlich der weiter beschriebenen Funktionen der Motorsteuerungssoftware gelten die gleichen Grundsätze wie beim Thermofenster. Auch diese Funktionen arbeiten beim realen Fahrbetrieb in gleicher Weise wie in der Prüfstandssituation. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand) entspräche die Rate der Abgasrückführung danach im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand (vgl. OLG München, 8 U 4122/20, Beschluss vom 08.04.2021, Rn. 25 – juris). Es liegt damit gerade kein System der Prüfstandserkennung vor (vgl. BGH, ZR 190/20, Urteil vom 16.09.2021, Rn. 19 – juris).

### **32**

Entscheidend ist vorliegend, dass sich kein Vortrag dazu findet, welche Motorfunktionen und Abgasregelungen sich bei denselben Umgebungsparametern im Prüfstand anders verhalten als im realen Fahrbetrieb, sodass die Abschalteinrichtung ausschließlich auf dem Prüfstand das Abgasverhalten beeinflusst.

### **33**

Etwas anderes gilt auch nicht für die Funktion der Zyklus-Erkennung. Nach der klägerischen Darstellung wird dabei das Abgasverhalten in Abhängigkeit von Parametern geregelt, die typischerweise bei Durchlaufen des NEFZ-Zyklus auftreten. Letztlich wird dadurch eine Optimierung der Abgasbehandlung bei Einhaltung der Vorgaben im Zyklus erreicht. Bei gleicher Fahrweise im realen Fahrbetrieb ergibt sich allerdings keine abweichende Abgasbehandlung. Für diese Optimierung gelten daher die gleichen Grundsätze wie beim Thermofenster. Auch eine „Optimierung“ an die Prüfbedingungen lässt noch keinen zwingenden Schluss auf eine objektiv sittenwidrige Handlung der Beklagten zu, solange die Abschalteinrichtung nicht ausschließlich auf dem Prüfstand greift (vgl. BGH, ZR 602/21, Beschluss vom 23.02.2022, Rn. 25 – juris).

### **34**

Auch lässt sich nicht aus unterschiedlichen Abgaswerten im Realbetrieb im Gegensatz zum Prüfzyklus auf das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung schließen. Aufgrund der unterschiedlichen äußeren Bedingungen ist eine Vergleichbarkeit nicht gegeben. Der Hinweis auf Diskrepanzen zwischen Stickoxidemissionen unter Prüfstandbedingungen, die nach damaliger Rechtslage (Euro-5-Norm) zur Erlangung der Typgenehmigung allein maßgeblich waren, und unter normalen Betriebsbedingungen auf der Straße genügt nicht (vgl. BGH, ZR 128/20, Urteil vom 13.07.2021, Rn. 23 – juris). Diese Ausführungen beanspruchen auch für die für das betroffene Fahrzeug maßgebliche Euro-6-Norm Geltung.

### **35**

Weitere Umstände, die auf ein verwerfliches Handeln der verantwortlichen Personen bei der Beklagten schließen lassen, werden von der Klagepartei nicht vorgetragen. Der Vortrag lässt vermissen, welche verantwortlich handelnden Personen konkret bei welcher Gelegenheit über das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung getäuscht haben und welches Vorstellungsbild sie dabei hatten.

### **36**

dd) Für eine Täuschung des KBA im Typengenehmigungsverfahren ist nichts vorgetragen. Allein aus der Unkenntnis des KBA von einer Abschalteinrichtung kann nicht auf eine Täuschungshandlung der Beklagten geschlossen werden. Zur Täuschung durch aktives Tun trägt die Klagepartei nichts vor. Eine Täuschung

durch Unterlassen setzt eine Offenbarungspflicht voraus. Diese kann dem klägerischen Vortrag nicht entnommen werden.

**37**

Der Vortrag der Klagepartei lässt Angaben dazu vermissen, welche Täuschungshandlung im Typengenehmigungsverfahren die Beklagte konkret vorgenommen hat. Es bleibt unklar, welche verantwortlich Handelnden der Beklagten wann und in welcher Form das KBA getäuscht haben sollen. Es wird nicht dargelegt, welche Angaben durch das KBA gefordert wurden und welche falschen Angaben die verantwortlich Handelnden der Beklagten daraufhin gemacht haben. Weitere Anhaltspunkte dafür, dass sich das KBA ein weiteres Mal – wie beim Motortyp EA 189 – über die Arbeitsweise des Emissionskontrollsysteins im Irrtum befunden hätte, sind weder ersichtlich noch dargetan.

**38**

Auch aus einer möglicherweise unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA folgen keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden.

**39**

Selbst wenn die Beklagte gegenüber dem KBA – erforderliche – Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (vgl. BGH, ZR 190/20, Urteil vom 16.09.2021, Rn. 26 – juris; BGH, ZR 126/21, Beschluss vom 29.09.2021, Rn. 20 – juris). Nichts anderes hat für die nach Auffassung der Klagepartei im Fahrzeug installierte Zykluserkennung zu gelten.

**40**

ee) Die Beklagte hat auch nicht nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast vorzutragen, welche verantwortlichen Personen aus dem Unternehmen der Beklagten zu welchen Gelegenheiten über die Funktionsweise der Motorsteuerungssoftware getäuscht haben. Eine sekundäre Darlegungslast wird in den vorliegenden Fällen angenommen, soweit die Kenntnis hinsichtlich der Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software von den im Hause der Beklagten für die Motorenentwicklung verantwortlichen Personen als verfassungsmäßig berufene Vertreter gemäß § 31 BGB behauptet wird (vgl. BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 39 – juris) und soweit unklar ist, wer die Entscheidung über den Einsatz der unzulässigen Abschalteinrichtung bei der Beklagten getroffen hat (vgl. BGH, ZR 367/19, Urteil vom 30.07.2020, Rn. 17 – juris).

**41**

Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast der Sittenwidrigkeit in objektiver Hinsicht verbleibt es bei dem allgemeinen Grundsatz, dass die Klagepartei die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsgrundlegenden Tatsachen trägt (vgl. BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 35 – juris).

**42**

ff) Hinzu kommt, dass die Rechtslage hinsichtlich der Zulässigkeit von Abschalteinrichtungen im Zeitpunkt der Handlung zweifelhaft war. Seit Bekanntwerden der Abgasmanipulationen im Jahr 2015 war die Frage, was unter einer unzulässigen Abschalteinrichtung zu verstehen ist, Gegenstand zahlreicher Rechtsstreitigkeiten. Von einer eindeutigen Rechtslage konnte nicht die Rede sein. Fehlen eindeutige Vorgaben seitens der für die Zulassung und Genehmigung zuständigen Behörden, kann dies nicht den Motorenherstellern zum Vorwurf gemacht werden. Nach dem Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission Volkswagen, wurden Thermofenster von allen Autoherstellern eingesetzt und mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet. Insoweit ist ein Verstoß betreffend die Auslegung der Ausnahmeverordnung des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht eindeutig (vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat sich auf Vorlage eines französischen Gerichts mit der Frage der Auslegung der genannten Vorschrift befassen müssen (vgl. EuGH, C-693/18, Urteil vom 17.12.2020 juris). Diese rechtliche Unsicherheit gilt auch bei einer Fahrkurvenerkennung (vgl. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, 2 U 86/21, Urteil vom 05.01.2022, Rn. 29 – juris).

**43**

Daraus schließt der Senat, dass bei den gesetzgeberischen Unschärfen nicht von einem verwerflichen Handeln der Verantwortlichen der Beklagten auszugehen ist. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt aber für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht (vgl. BGH, ZR 190/20, Urteil vom 16.09.2021, Rn. 31 – juris).

#### **44**

b) Schließlich fehlt es am erforderlichen Schädigungsvorsatz der verantwortlich Handelnden auf Seiten der Beklagten. Allein aus der – unterstellten – objektiven Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Die rechtliche Zulässigkeit der implementierten Abschalteinrichtungen war sehr umstritten (vgl. oben). Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage hat die Klagepartei nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung der Klagepartei hätte aufdrängen müssen. Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (vgl. BGH, ZR 101/21, Beschluss vom 15.09.2021, Rn. 25 – juris).

#### **45**

2.) Für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB fehlt es an der Stoffgleichheit zwischen Vermögenseinbuße der Klagepartei und den erstrebten Vermögensvorteilen für die Beklagte (vgl. BGH, ZR 5/20, Urteil vom 30.07.2020, Rn. 24 – juris).

#### **46**

3.) Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG oder i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV scheidet aus. Das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liegt jeweils nicht im Aufgabenbereich der genannten Normen (vgl. BGH, ZR 5/20, Urteil vom 30.07.2020, Rn. 12 ff.; BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 76 – juris). Es besteht insoweit auch keine Veranlassung für ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (vgl. BGH, ZR 190/20, Urteil vom 16.09.2021, Rn. 35 – juris).

#### **47**

4.) Schließlich ist ein Nachteil und damit auch ein Schaden der Klagepartei nicht ersichtlich.

#### **48**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann jemand, der durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht (vgl. BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 46 – juris). Dabei kann aus der allgemeinen Lebenserfahrung und der Art des zu beurteilenden Geschäfts der Erfahrungssatz abgeleitet werden, dass kein Käufer ein Fahrzeug erwirbt, dem eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung droht und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem behoben werden kann, sodass davon auszugehen sein kann, dass ein solcher Käufer in Kenntnis der illegalen Abschalteinrichtung den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte (vgl. BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 49 juris). Ein solcher Erfahrungssatz besteht hier schon deshalb nicht, weil dem Fahrzeug der Klagepartei zu keinem Zeitpunkt eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohte. Das KBA hat keine Regelungen zur Typengenehmigung – etwa in Form von Nebenbestimmungen – getroffen, die Einfluss auf die Nutzbarkeit des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenraum gehabt hätten. Die Klagepartei konnte und kann ihr Fahrzeug benutzen (vgl. OLG Frankfurt am Main, 8 U 245/21, Beschluss vom 17.03.2022, BeckRS 2022, 42952 m. w. N.).

#### **49**

Bereits der erhebliche Zeitablauf seit Bekanntwerden des „Dieselskandals“ im September 2015 spricht dafür, dass das KBA, das seitdem umfänglich mit der Nachprüfung genehmigter Fahrzeugtypen befasst war, einen Grund für eine Betriebsbeschränkung nicht ermittelt hat und auch zukünftig nicht mehr feststellen wird (vgl. KG, 1 U 24/21, Beschluss vom 05.04.2022, BeckRS 2022, 38900). Dabei kann dahinstehen, ob

diese Haltung des KBA den maßgeblichen Normen nicht gerecht wurde und deshalb rechtswidrig war. Es handelte sich um die Auffassung der zuständigen Genehmigungsbehörde, gegen deren Votum abweichende Betriebsuntersagungen durch die Straßenverkehrsbehörden nicht zu erwarten waren (und sind) (vgl. OLG Hamm, 8 U 179/21, Beschluss vom 09.03.2022, BeckRS 2022, 42953).

**50**

Deshalb ist hier jedenfalls kein Schaden eingetreten, weil der Vertragsschluss nach den oben genannten Grundsätzen nicht als unvernünftig anzusehen ist. Der Klagepartei hat durch den Vertragsschluss eine Leistung erhalten, die für ihre Zwecke voll brauchbar war (vgl. BGH, ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 48 – juris).

**51**

5.) Die nach der einseitigen Teilerledigungserklärung in der Berufungsbegründung vom 28.11.2022 streitgegenständliche Feststellungsklage ist ebenfalls unbegründet, weil die zu Grunde liegende Leistungsklage von Anfang an unbegründet war. Auf die vorstehenden Ausführungen wird insoweit Bezug genommen.

III.

**52**

Die Verhandlung ist auch nicht gemäß § 148 ZPO bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die Vorlagefragen in dem Vorabentscheidungsverfahren C-100/21 auszusetzen, denn die dortigen Vorlagefragen sind für den hier vorliegenden Rechtsstreit nicht voreiliglich. Wie ausgeführt, fehlt es bereits an der Darlegung eines Schadens der Klagepartei. Auf die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch eines Fahrzeugerwerbers auch ohne Schaden in Betracht kommt, ist das Vorlageverfahren nicht gerichtet (vgl. KG, 1 U 24/21, Beschluss vom 05.07.2022, BeckRS 2022, 38239 und nachfolgend BGH, Vla ZR 1323/22, Beschluss vom 12.12.2022, BeckRS 2022, 38238; BGH, Vla ZR 724/22, Beschluss vom 23.01.2023 – juris).

**53**

Auch eine Aussetzung im Hinblick auf das Verfahren Vla ZR 335/21 des Bundesgerichtshofs kommt nicht in Betracht.

IV.

**54**

Auch die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen vor. Der Senat weicht nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder anderer Obergerichte ab. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Sie ist geprägt durch die ihr innenwohnenden Besonderheiten eines Einzelfalles. Alle Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung sind bereits höchstrichterlich geklärt. Eine Zulassung der Revision wäre im Falle einer Entscheidung durch Urteil nicht geboten.

**55**

Auch eine mündliche Verhandlung ist in der vorliegenden Sache nicht veranlasst (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO). Es ist auszuschließen, dass in einer mündlichen Verhandlung neue, im Berufungsverfahren zuzulassende Erkenntnisse gewonnen werden können, die zu einer anderen Beurteilung führen.

**56**

Der Senat regt daher – unbeschadet der Möglichkeit zur Stellungnahme – die kostengünstigere Rücknahme des aussichtslosen Rechtsmittels an. Auf die bei einer Berufungsrücknahme erfolgende Ermäßigung der Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 (vgl. GKG KV Nr. 1220, 1222) wird hingewiesen.

V.

**57**

Die Bestimmung des Streitwertes hat gemäß §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO zu erfolgen.

**58**

Soweit mit dem Berufungsantrag zu Ziffer 1. eine Zug-um-Zug-Leistung verknüpft wurde, ist der Klageanspruch allein maßgebend. Die Gegenleistung bleibt bei der Streitwertbemessung unberücksichtigt (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 34. Auflage 2022, § 3 Rn. 16.219). Der weiter beantragten Feststellung des Annahmeverzuges gemäß Berufungsantrag zu Ziffer 2. kommt ein selbständiger Wert nicht zu (vgl.

Zöller/Herget, a. a. O., § 3 Rn. 16.15). Auch die weiter geltend gemachte Freistellung von der Verpflichtung zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten sowie die Verzugszinsen bleiben als Nebenforderungen bei der Streitwertbemessung jeweils außer Betracht, § 43 Abs. 1 GKG.